

HARMONIZAÇÃO FISCAL EUROPEIA: OS DESAFIOS DA DIGITALIZAÇÃO DA ECONOMIA

Pela Dra. Susana Estêvão Gonçalves⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** (Des)adequação do Atual Modelo de Tributação das Empresas. **3.** As Iniciativas da UE: Desde as Primeiras Manifestações ao Pacote Fiscal Digital. **4.** As Medidas Unilaterais no seio da UE. **5.** O Estado da Arte no contexto internacional (OCDE). **6.** O Estado da Arte na UE. **7.** Que Futuro? Uma solução simples e justa. **8.** Conclusões.

1. Introdução

No presente artigo, propomo-nos analisar os desafios em matéria fiscal introduzidos por uma crescente digitalização da economia e o papel das instituições da União Europeia (“UE”) na procura e implementação harmonizada de medidas fiscais adequadas a fazer face a tais desafios.

Ao longo das últimas décadas, paralelamente à crescente globalização da economia, temos vindo a assistir a um desenvolvimento dos meios de comunicação e tecnologia, que vêm tornar a economia cada vez mais digital e alterar profundamente os modelos de negócios das empresas. Esta alteração de paradigma tem sido transversal a toda a economia e sectores

⁽¹⁾ Advogada. O presente artigo resulta da adaptação do Relatório apresentado no âmbito da disciplina de Direito Fiscal Europeu do Mestrado em Direito e ciência jurídica, ano de 2020/21, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com a data de 31 de Janeiro de 2022, não se contemplando quaisquer desenvolvimentos após essa data.

de atividade, e não apenas aos sectores mais tecnológicos ou “mais digitais”. As empresas (multinacionais —“MNE”) que operam no mercado internacional cada vez menos necessitam de recorrer a estrutura física (ou presença de pessoas) nas jurisdições onde os seus negócios são conduzidos, recorrendo antes a soluções digitais como sejam o comércio eletrónico, as comunicações à distância, os serviços *online*, o *marketing digital*, entre outros.

Sucedem que a fiscalidade não tem acompanhado esta evolução, mantendo ainda como principais elementos de conexão para efeitos da alocação de competência tributária dos Estados a residência e a fonte-produção (que se traduz no atual conceito de estabelecimento estável — “EE” —, enquanto instalação fixa ou agente dependente), os quais requerem ainda a “presença física” das entidades geradoras dos rendimentos nas jurisdições em causa.

Assim, no contexto atual, as empresas estão a ser tributadas nas jurisdições onde se encontram fisicamente estalecidas, que nem sempre coincidem com as jurisdições onde efetivamente é criado o valor, i.e., a jurisdição do mercado, onde estão os utilizadores/consumidores. Esta desadequação do modelo atual de tributação das empresas tem, por um lado, dado azo a uma desadequada repartição da receita tributária entre os Estados e, por outro, permitindo a implementação de estratégias de planeamento fiscal agressivo, com consequências muito relevantes ao nível da receita tributária global, da eficiência económica e, bem assim, da repartição da carga tributária entre os operadores de mercado.

As instituições da UE têm vindo a trabalhar arduamente nesta matéria, apresentando iniciativas e propostas de solução a esta problemática — umas vezes em coordenação, outras nem tanto, com as organizações internacionais (mormente, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico — “OCDE”).

Tendo recentemente sido alcançado um acordo internacional no âmbito da OCDE/G20 Inclusive Framework (BEPS 2.0) com vista a fazer face a estas distorções, que deverá ser implementado na UE de forma harmonizada, e encontrando-se em discussão/implementação outras iniciativas da UE, esta matéria assume plena atualidade e relevância.

Não obstante, como veremos, quer este acordo internacional quer as iniciativas independentes da UE, não são ainda suscetíveis de resolver o problema de fundo — a desadequação do atual modelo de tributação das empresas — numa perspetiva de longo prazo. Aliás, muitas delas vêm introduzir novas distorções e um nível acrescido de complexidade ao sistema fiscal.

Torna-se cada vez mais premente uma reforma estrutural que permita ajustar o sistema fiscal ao atual contexto económico digital, tornando a tributação internacional simples e justa, quer para os Estados (adequada repartição de receitas tributárias) quer para as empresas (adequada repartição da carga fiscal). A nosso ver, só a implementação de critérios de alocação de poder tributário que não sejam tão suscetíveis de ser elididos — como é o caso do mercado (relativamente inelástico) — poderá promover uma efetiva neutralidade da fiscalidade (podendo os sujeitos passivos basear as suas decisões empresariais em critérios de racionalidade económica e não de eficiência fiscal) e a eficiência económica desejável.

A nosso ver, essa reforma necessária não só poderá como deverá ser iniciada e estruturada no contexto europeu, eventualmente, já no âmbito do *Business in Europe: Framework for Income Taxation* (Empresas na Europa: quadro para a tributação dos rendimentos) — i.e., o “BEFIT”.

2. (Des)adequação do atual modelo de tributação das empresas

Na atribuição de poderes tributários aos Estados sobre os rendimentos empresariais deverá de ser tido em conta o grau de envolvimento da entidade que gera os rendimentos na vida económica do Estado respetivo: quanto maior for o envolvimento, em princípio, maior é o “aproveitamento” por parte dessa entidade dos serviços e benefícios disponibilizados pelo Estado em causa (nomeadamente em matérias como proteção e segurança, sistema judicial, infraestruturas, etc.)⁽²⁾.

Os critérios indicadores desse envolvimento (e consequente aproveitamento de benefícios) não são necessariamente objetivos ou autodefinidos, sendo naturalmente possíveis diversas abordagens.

Tradicionalmente (i.e., desde os finais do século XIX e início do século XX, momento em que se consolidaram as regras de alocação do poder tributário ao nível do Direito Fiscal Internacional)⁽³⁾, tem-se considerado que os elos de ligação ou vínculos (i.e., os elementos de conexão)

⁽²⁾ EVA ESCRIBANO LOPEZ, in *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, Intertax n.º 1, 2015, p. 7.

⁽³⁾ PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, Almedina, 2021, p. 23, ss.

relevantes para efeitos da atribuição de competência tributária são a residência da entidade e a fonte do rendimento, sendo certo que o conceito de fonte não é ele próprio um conceito autodefinido⁽⁴⁾.

Sem prejuízo do conceito de fonte aplicado a rendimentos de outras naturezas⁽⁵⁾, de entre as abordagens possíveis no que respeita à fonte de rendimentos empresariais poderá, por exemplo, ser considerada a localização do mercado (onde se encontram os consumidores da entidade não residente), a localização dos fatores de produção (mórbente, instalações fixas e mão-de-obra) ou, até, uma abordagem conjugada mercado-fatores de produção. Note-se, aliás, que para além da localização dos fatores de produção, a abordagem conjugada mercado-fatores de produção chegou a seu tempo a ser considerada e analisada⁽⁶⁾.

Não obstante, no quadro clássico do Direito Fiscal Internacional, desde sempre se vem adotando uma preferência clara pelo critério de localização dos fatores de produção (em detrimento da localização do mercado ou até de uma abordagem conjugada), espelhado no conceito de EE.

Subjacente à abordagem adotada no que respeita à alocação da competência tributária estava naturalmente o contexto económico da época (finais do século XIX e início do século XX), traduzindo-se em dois principais fatores: por um lado, os interesses tributários dos países exportadores de capitais, que integram a OCDE, e portanto, tiveram um papel fundamental na preparação da Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento

(4) Como refere EVA ESCRIBANO LOPEZ, “*the fundamental question that needs to be addressed when dividing the tax base over international income in a tax treaty is under which circumstances and to what extent the source country should be permitted to tax the income that the non-resident entity derives from its investments therein. (...) the answer should take into consideration the level of involvement of the non-resident in the economic life of the host state, which serves as an indicator to measure the degree of enjoyment of benefit provided by the aforementioned state*” — *in op. cit.*, p. 7.

(5) O conceito de fonte — enquanto local de origem ou proveniência dos rendimentos — pode ter várias abordagens possíveis no que respeita à determinação do elemento de conexão relevante. Os elementos de conexão fonte que historicamente têm sido considerados vão desde a localização da entidade pagadora (fonte de pagamento — como verificamos, por exemplo, em determinados rendimentos de capitais, como sejam juros e dividendos), à localização de bens — “*lex rei sitae*” (conexão real — como verificamos por exemplo no caso dos rendimentos prediais ou mais-valias imobiliárias), ou à localização da fonte de produção (que, como veremos, tem vindo a ser o critério adotado em matéria de rendimentos empresariais — i.e. determinação de EE), entre outras abordagens possíveis. Neste sentido, ver ALBERTO XAVIER, em colaboração com CLOTILDE CELORICO PALMA e LEONOR XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2009, 2.^a ed. atualizada, 2007, p. 297, ss.

(6) “*Economists have attempted to shed some light when determining the profits’ source from theoretical point of view. They consider two approaches: (a) supply approach, which identifies the source to the place where the factors generating income operate and (b) supply-demand approach that states that profits are created through the interaction of supply (factors of production) and demand (where the market is located)*” — EVA ESCRIBANO LOPEZ *in op. cit.*, p. 8.

e o Património da OCDE — “**CMOCDE**” — (que “*apesar de todos os constrangimentos, tem sido exportado como modelo universal*”)(7), e, por outro, o tipo de economia vigente (uma economia tradicional, altamente dependente da presença física e pouco móvel — em que a importância do comércio eletrónico e economia digital em geral, era ainda muito residual)(8).

Sucedem que este modelo de alocação do poder de tributar as empresas no contexto internacional — alicerçado nos conceitos de residência e fonte, enquanto presença física (localização dos fatores de produção — o EE) — encontra-se já bastante obsoleto face ao contexto económico atual, altamente globalizado, tecnológico e digital.

Com efeito, o desenvolvimento dos meios de comunicação e tecnologia a que assistimos nos últimos anos vieram alterar profundamente a forma como os negócios são conduzidos (em particular, quando nos referimos a MNEs). No contexto da economia atual — moderna, móvel, global e digital —, verifica-se, por um lado, uma desnecessidade por parte das MNEs de estrutura física, ou presença de pessoas, no local onde os negócios são conduzidos (e.g., *e-commerce*, comunicações à distância, serviços *online*, *marketing* digital, etc.) — que se traduz numa dificuldade de sub-sunção da “presença” da entidade não residente numa determinada jurisdição ao conceito de EE — e, por outro, uma enorme facilidade de deslocação dos fatores de produção e mesmo da residência (nomeadamente para zonas de baixa tributação)(9).

No atual contexto internacional, as jurisdições de residência das empresas ou de localização dos fatores de produção (EE) cada vez menos coincidem com as jurisdições onde, de facto, os negócios são desenvolvi-

(7) In ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2.^a ed. revista atualizada, p. 30.

(8) No início do século XX, apesar de já se poderem encontrar algumas manifestações da chamada economia digital, a presença física era ainda fundamental para o desenvolvimento de qualquer atividade económica, o que justificaria a adoção deste parâmetro (presença física dos fatores de produção) como o mais adequado a medir o envolvimento de um determinado sujeito passivo na vida económica de um determinado Estado. Acresce que, naquele contexto económico, a mobilidade das pessoas, entidades e fatores de produção era significativamente menor do que aquela a que assistimos nos dias de hoje.

(9) “*New business models have significantly altered the way in which business is done, most importantly in no longer requiring a physical presence in market countries. In contrast, tax law still follows the traditional business models in taxing cross-border income, whereby the physical presence-based concept of a permanent establishment (PE) determines the allocation of taxing powers among states. According to this concept as it currently stands, a state other than the residence state of the enterprise may only tax business income in the presence of a fixed place of business within its territory and only to the extent that income is attributable to that fixed place of business*” — in YARIV BRAUNER e PASQUALE PISTONE, *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, *Bulletin for International Taxation*, 2017 (Vol. 71), N.º 12, p. 1.

dos e, conseqüentemente, onde são gerados os lucros (a chamada criação de valor).

As empresas (não só as tecnológicas, mas a generalidade das empresas que atuam no palco internacional — em particular as MNEs), em resultado do recurso a tecnologia, acabam por obter elevados lucros em jurisdições onde não têm, nem necessitam de ter, presença física relevante e, conseqüentemente, tendo por base as regras atuais de alocação dos direitos de tributação, não são tributados nessas jurisdições.

Esta problemática vem já sendo identificada e discutida ao longo dos últimos anos (pelo menos desde meados da década de 90) quer pela doutrina internacional quer pelas organizações internacionais e europeias.

Verifica-se já algum consenso, ao nível internacional e europeu, quanto à desadequação do modelo existente face ao contexto económico atual (todo ele global e digital), sendo essa desadequação exacerbada no que respeita aos negócios fortemente tecnológicos e digitais, que não requerem uma presença física num determinado território.

Como refere ANA PAULA DOURADO, “*A crise da soberania do Estado nacional, resultante da globalização, tem como manifestação mais preoocupante a crise do Estado fiscal, e, com ela a crise da ordem fiscal internacional. (...) Os Estados da residência deixam de o ser quanto aos intangíveis e serviços desmaterializados (financiamento, administração, patentes e afins). Os Estados da fonte deixam de o ser, por não conseguirem tributar as atividades empresariais aí desenvolvidas, por não ser possível identificar um estabelecimento estável, pressuposto da tributação no quadro das convenções*”⁽¹⁰⁾.

Esta desadequação dos critérios de alocação do poder de tributário tem originado duas conseqüências fundamentais⁽¹¹⁾:

- i) **Desadequada repartição do poder dos Estados de tributar as empresas (*share of the pie*):** desencontro entre a jurisdição que tributa — onde se encontra a presença física (residência ou fonte concebida tradicionalmente como presença física na perspetiva da localização dos fatores de produção) — e a jurisdição onde estão os consumidores, utilizadores ou dados (aquilo a que chamamos a jurisdição de mercado), que é onde se considera que é e criado o valor⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ In, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2.^a ed. revista atualizada, p. 27.

⁽¹¹⁾ Ver, EVA ESCRIBANO LOPEZ in *op. cit.*, p. 6, ss.

⁽¹²⁾ Como referem GEORG KOFLER, GUNTER MAYR e CHRISTOPH SCHLAGER, “(...) *there is a visible and increasing trend in political and technical discussions to operationalize the utility theory or to view income taxation as being connected more with the demand-component of the market jurisdiction*”

- ii) **Facilidade em evitar presença geradora de tributação, através da deslocalização da residência ou dos fatores de produção para zonas de baixa de tributação** (*size of the pie*), permitindo uma erosão da base tributável dos Estados.

Estando identificadas a origem e consequências desta desadequação do modelo atual, a procura de uma solução tem vindo a ser trabalhada e explorada quer no contexto internacional, em particular ao nível da OCDE, quer no contexto europeu — sobre o qual focaremos a presente análise.

Apesar de estar em causa uma problemática global e não apenas europeia, o papel da UE será (ou assim se pretende) absolutamente fundamental para fazer operar a necessária mudança de paradigma e impulsionar um consenso a nível global.

Como refere MAARTEN DE WILDE, *“If the EU is the first to move, other countries and regions will be encouraged by reasons of self-interest to quickly follow suit. The production location neutrality that the model creates would also encourage international businesses to embrace it and to lobby for as rapid a transition as possible. Driven by self-interest and competitive responses, such a move could initiate a transition to world-wide adopting of destination-based tax on excess earnings: in other words, to harmonization through competition”*⁽¹³⁾.

Com efeito, a UE cedo percebeu a relevância deste tema, os riscos de fragmentação do mercado interno decorrentes de atuações unilaterais dos Estados-Membros e, conseqüentemente, a necessidade de uma postura ativa na procura de uma solução. As instituições da UE — em particular a Comissão Europeia — têm vindo a trabalhar arduamente nesta temática com o objetivo de conseguir a harmonização necessária no seio da UE e impulsionar uma necessária reforma fiscal a nível global que venha tornar mais justa e efetiva a repartição de competências tributárias entre os Estado (naturalmente alinhada com os interesses da UE e dos respetivos Estados-Membros).

É, pois, sobre as iniciativas europeias (enquadradas nas iniciativas das organizações internacionais, quando aplicável), com vista a solucionar ou atenuar os desequilíbrios identificados, que nos debruçaremos nos capítulos seguintes.

and less with the supply-component of the residence jurisdiction”, in, European Union — Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution, European Taxation, 2017 (Vol. 57), N.º 12, p. 524.

⁽¹³⁾ *In, European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, p. 39.*

3. As iniciativas da UE: desde as primeiras manifestações ao Pacote Fiscal Digital

3.1. Antecedentes do Pacote Fiscal Digital

O debate sobre a tributação da economia digital entre académicos e organizações internacionais e europeias teve o seu início na década 90 (nessa altura ainda particularmente focado nos temas do *e-commerce*).

A questão assume, no entanto, um particular destaque a partir de 2013, ano em que, (i) no contexto internacional, são dados os primeiros passos com vista ao Projeto BEPS⁽¹⁴⁾ (no âmbito do qual a questão da tributação da economia digital virá a ser explorada) e, (ii) no contexto da UE, foi criado um grupo de peritos por parte da Comissão Europeia que se dedicaria a analisar a tributação da economia digital.

A questão da tributação da economia digital é assim explorada com detalhe no Relatório do grupo de peritos nomeados pela Comissão Europeia, de 28 de maio de 2014 — “*Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy Report*” —, onde começaram já a ser analisadas abordagens de curto e longo prazo para o problema⁽¹⁵⁾.

No contexto internacional, em outubro de 2015, viria a ser divulgado o Relatório da Ação 1 do BEPS — *Tax Challenges Arising from Digitalisation* —, onde igualmente se identificavam possíveis abordagens ao tema (tributação da economia digital) — conceito de EE digital, retenção na fonte de transações digitais e *equalization levy*. Não obstante, tal Relatório não chegou a recomendar nenhuma das referidas abordagens, dada a falta de consenso sobre a matéria (ficou previsto que se continuaria a trabalhar neste tema e na produção de um novo Relatório que deveria ser divulgado em 2020).

⁽¹⁴⁾ Na sequência do impulso do G20, a OCDE dá início ao Projeto BEPS — com vista a implementação a nível global de mecanismos de combate planeamento fiscal agressivo e implementação generalizada de mecanismos de troca de informações — que está na origem do Relatório e Plano de Ação, disponibilizados pela OCDE em 2013, e das 15 Ações, apresentadas entre 2014 e 2016.

⁽¹⁵⁾ Já neste Relatório (pp. 47 a 50) se referiam os estudos académicos em torno do princípio de tributação no destino para rendimentos empresariais (*destination based* “*corporation tax*”), reconhecendo-se que a jurisdição do mercado (i.e., localização dos consumidores) tem, não apenas legitimidade tributária, como os meios necessários para proceder à cobrança. Com efeito, pode ler-se, na p. 50, o seguinte: “*Given the pace of technological development and the need to avoid creating barriers to trade, more radical changes to the corporation tax system have been proposed in academic literature. Some of these focus on a ‘destination based’ corporation tax. This would be similar to a VAT in that its key feature would be that exports would be zero-rated and imports would be taxed. It would differ from a VAT in that wage costs would continue to be deductible, and the tax would continue to be levied on an accounting basis, rather than using the invoice-credit method*”.

No desenvolvimento deste trabalho viria mais tarde (em 2018) a ser publicado um relatório intercalar — *Tax Challenges Arising From Digitalisation — Interim Report 2018* —, ainda sem quaisquer conclusões ou recomendações, uma vez que “*there are divergent views on how the issue should be approached*”; “*there is no consensus on the need for, or merits of, interim measures, with a number of countries opposed to such measures*”.

Por sua vez, o Conselho Europeu vinha já afirmando que o objetivo das novas políticas fiscais europeias passaria por assegurar que as empresas que conduzem atividades na UE pagam impostos no local onde o valor é criado, sendo necessário adequar as políticas fiscais à criação de valor e geração de rendimentos que acontecem no âmbito da economia digital⁽¹⁶⁾.

É neste contexto de impasse ao nível da OCDE e reafirmada preocupação do Conselho com esta temática que a Comissão Europeia, tomando a dianteira (e sem deixar de reconhecer que a abordagem ideal seria encontrar uma solução/consenso ao nível global), vem apresentar o chamado Pacote Fiscal Digital — Propostas de Diretivas n.ºs 2018/0072 (CNS) e 2018/0073 (CNS) —, que analisaremos no ponto seguinte⁽¹⁷⁾.

3.2. Pacote Fiscal Digital

A Comissão apresentou, em 21 de março de 2018, o chamado “Pacote sobre Tributação Digital” contendo duas propostas de diretiva e duas soluções distintas: (i) Proposta n.º 2018/0072 (CNS), que integrava a chamada solução definitiva que consistiria na introdução de um conceito de EE digital, e (ii) Proposta n.º 2018/0073 (CNS), que integrava a chamada solução provisória que consistiria na introdução de um Imposto sobre Serviços Digitais — “**ISD**” — (com vista a evitar a medidas unilaterais díspares por parte dos Estados-Membros e que só vigoraria até que fosse adotada uma solução abrangente).

Apesar de nunca terem chegado a ser implementadas, devido à falta de consenso no seio da UE, dada a sua relevância teórica, analisá-las-emos sumariamente:

⁽¹⁶⁾ In “*Council conclusions on ‘Responding to the challenges of taxation of profits of the digital economy’*”, 30 de novembro de 2017.

⁽¹⁷⁾ “*The European Union has perceived the importance of addressing such problems and is currently trying to reach consensus on how action on the reform of international taxation may best deal with those issues that undermine fair allocation of taxing rights and the fundamental objectives of the internal market*” — YARIV BRAUNER E PASQUALE PISTONE, *in op. cit.*, p. 1.

i) EE “Digital” — a solução definitiva

De acordo com esta proposta [Proposta de Diretiva n.º 2018/0072 (CNS)], os Estados-Membros passariam a poder tributar, em sede de imposto sobre sociedades, os lucros das entidades não residentes imputáveis à presença digital significativa no seu território (independentemente de uma presença física), com base numa análise funcional⁽¹⁸⁾.

A presença digital significativa encontra-se definida como “a prestação de serviços digitais através de uma interface digital”, quando verificada uma das seguintes condições:

- a) Receitas anuais no Estado-Membro da presença digital superiores a EUR 7.000.000; ou
- b) Número de utilizadores anual dos serviços digitais prestados pela entidade em causa no Estado-Membro da presença digital superior a 100.000 (considera-se que o utilizador se encontra no Estado-Membro onde utiliza o dispositivo — por referência ao endereço de IP — para “aceder à interface digital através da qual são prestados os serviços digitais”); ou
- c) Número de contratos de prestação de serviços digitais celebrados anualmente pela entidade em causa no Estado-Membro da presença digital superior a 3.000.

De acordo com esta proposta, a localização dos consumidores (utilizadores) passaria assim a ser um critério relevante de determinação da fonte — EE digital — e alocação do poder de tributar⁽¹⁹⁾.

Esta solução seria, no contexto europeu, uma primeira abordagem que romperia com a visão tradicional, reconhecendo a relevância dos consumidores (utilizadores) para a criação de valor e enquanto critério justificativo da alocação do poder de tributar.

Não obstante, e sem prejuízo dos seus méritos, a verdade é que esta proposta acabava por ter um âmbito de aplicação bastante limitado, já que apenas abrangia (i) determinados serviços digitais, (ii) sujeitos passivos que cumprissem critérios (*thresholds*) muito apertados — sendo limitado o número de MNEs que pudessem cair na malha deste regime —, e (iii) além

(18) SUSANA ESTÊVÃO GONÇALVES, *Tributação da Economia Digital: Os Primeiros Passos de uma Revolução Fiscal?*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 50, 2018, p. 152.

(19) “The location of users, as opposed to, for example the origin of payment, is the key for determining the place of taxation” — in MARIANA BARATA, *A consensus solution for the taxation of the digital economy*, *EU Law Journal*, Vol. 7, N.º 1, 2021, pp. 129 e 130.

das entidades residentes na UE, dada a possibilidade de conflito com as Convenção(ões) para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Elisão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento/Convenção(ões) para Evitar a Dupla Tributação (“CDTs”) existentes, as entidades residentes em países terceiros com os quais o Estado-Membro da presença digital significativa não tivesse CDT, salvo em caso de CDTs com disposições relativas à presença digital significativa.

ii) ISD — a solução provisória

Na Proposta de Diretiva n.º 2018/0073 (CNS), a Comissão Europeia veio propor como solução intercalar — que vigoraria enquanto não fosse estabelecida uma solução abrangente, de forma a evitar a adoção de medidas unilaterais divergentes por parte dos Estados-Membros que pudessem fragilizar o mercado único⁽²⁰⁾ — a implementação de um ISD.

Estava em causa a implementação de uma tributação indireta — de 3% — sobre as receitas provenientes da prestação de determinados serviços digitais prestados por certas entidades, em que os utilizadores contribuem de forma significativa para a criação de valor⁽²¹⁾. Os serviços digitais relevantes seriam os seguintes:

- a) Apresentação de publicidade numa interface digital destinada aos respetivos utilizadores;
- b) Disponibilização de uma plataforma multilateral que permita o encontro e interação dos utilizadores entre si, facilitando a venda de bens e serviços entre estes; e
- c) Transmissão de dados dos utilizadores, quer estes sejam recolhidos quer sejam gerados pelas atividades dos utilizadores.

Seriam sujeitos passivos do ISD as entidades residentes na UE ou em países terceiros que satisfaçam, num determinado período de tributação, as seguintes condições cumulativas: (i) tenham um total de receitas globais superior a EUR 750.000.000; e (ii) tenham um total de receitas tributáveis obtidas na UE superior a EUR 50.000.000.

⁽²⁰⁾ Sem prejuízo das medidas unilaterais que vinham já sendo adotadas por alguns Estados (e.g., “*equalization levy*” adotado na Índia, retenção sobre certas transações digitais introduzida em Itália, ou o “*diverted profits tax*” introduzido no Reino Unido e na Austrália), muitos Estados-Membros vinham mostrando alguma impaciência e urgência na implementação de ISDs — que, como veremos no ponto seguinte, acabaram mesmo por finalmente adotar.

⁽²¹⁾ SUSANA ESTÊVÃO GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 152 e 153.

A localização do consumidor (*user*) é também nesta proposta determinante, uma vez que é esse o local onde é criado o valor, sendo também aqui determinada por referência ao endereço de IP do dispositivo utilizado. A proposta estabelecia igualmente que a alocação do rendimento tributável entre os vários Estados-Membros seria efetuada de forma proporcional, prevendo-se a criação de um *One-Stop-Shop* para gerir os aspetos relacionados com o pagamento do imposto.

Como havíamos antecipado, este Pacote Fiscal Digital nunca passou de meras propostas: na reunião do ECOFIN de 2018, onde o mesmo foi discutido, não foi possível obter consenso; ainda houve lugar a uma tentativa de reformulação da solução provisória num imposto sobre publicidade digital (*digital advertisement tax*), mas também este acabou por não reunir consenso em 2019.

Decidiu-se, assim, aguardar pelo acordo global ao nível da OCDE (que, àquela data, era esperado em 2020).

4. As medidas unilaterais no seio da UE

Apesar de existir uma consciência generalizada de que a solução para a tributação da economia digital deve ser tomada a um nível global, atendendo à falta de consenso, quer a nível internacional quer no contexto da UE, quanto à adoção de um modelo de tributação adequado à problemática da economia digital (ou seja, à problemática da desadequação do poder de tributar), vários Estados-Membros da UE vieram adotar, propor ou manifestar a intenção de introduzir ISDs. Ou seja, conscientes de que a atividade de entidades não residentes no seu território ficaria fora da sua competência tributária, de acordo com as regras de alocação de poder tributário sobre os rendimentos empresariais, os Estados vieram introduzir medidas fiscais alterativas (fora do escopo da tributação do rendimento), com vista a assegurar a tributação dessas atividades quando desenvolvidas no seu território.

Com efeito, cerca de metade dos Estados-Membros da UE adotaram ou propuseram soluções unilaterais por via da introdução de ISDs⁽²²⁾. Em

⁽²²⁾ Podemos encontrar um sumário das medidas unilaterais introduzidas no seio da UE (*i*) no recente estudo do Parlamento Europeu — *Taxing the digital economy: New developments and the way*

particular, foram introduzidos (e estão atualmente em vigor), ISDs em França, Áustria, Hungria, Itália, Polónia e Espanha (e, embora já não UE, também no Reino Unido).

Os ISDs adotados foram, como regra geral, altamente inspirados no ISD proposto, enquanto medida provisória, no Pacote Fiscal Digital; não obstante, apresentam características, normas de incidência objetiva (serviços abrangidos), normas de incidência subjetiva (*thresholds* — limiares de rendimento global) e mesmo taxas (entre 2% e 7.5%) algo diferenciadas.

A título de exemplo, a Áustria aplica o ISD a rendimentos de publicidade (*advertising online*), sendo a taxa de 5%, enquanto França considera uma base tributável bastante mais abrangente — incluindo interfaces digitais, publicidade, transmissão de dados — e aplica uma taxa de 2%.

As instituições da UE têm vindo a considerar que estas soluções unilaterais acabam por ser mais um fator de competitividade fiscal prejudicial no seio da UE, pondo em causa os objetivos de manutenção e reforço do mercado único.

Por outro lado, a introdução destes ISDs tem vindo a dar azo a tensões comerciais com os EUA, com a consequente imposição de tarifas punitivas, já que os *thresholds* aplicados acabam por ter como principal *target* MNEs americanas.

Apesar de os ISDs serem geralmente considerados medidas interinas — até que se chegue/seja implementado o acordo a nível global (OCDE) — não estava absolutamente claro como e em que termos os mesmos seriam retirados quando tal acordo fosse alcançado.

Esse acordo foi já alcançado no âmbito da OCDE/G20 Inclusive Framework⁽²³⁾ — como analisaremos no ponto seguinte — tendo todos os Estados-Membros, com exceção do Chipre, aderido ao mesmo. Notamos que a adoção do Pilar 1 — que será efetuada através de uma convenção multilateral (MLC), como melhor analisaremos no ponto seguinte — impõe o levantamento de todo e quaisquer ISD ou medida similar, bem como a obrigação de não introdução de medidas desta natureza⁽²⁴⁾.

forward — de 31 de outubro de 2021, p. 4, ss, e (ii) em ELKE ASEN e DANIEL BUNN, *What European OECD Countries Are Doing about Digital Services Taxes*, Tax Foundation, 22 novembro de 2021.

⁽²³⁾ *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, de 8 de outubro de 2021.

⁽²⁴⁾ “*The Multilateral Convention (MLC) will require all parties to remove all Digital Services Taxes and other relevant similar measures with respect to all companies, and to commit not to introduce such measures in the future. No newly enacted Digital Services Taxes or other relevant similar measures will be imposed on any company from 8 October 2021 and until the earlier of 31 December 2023 or the coming into force of the MLC. The modality for the removal of existing Digital Ser-*

A este respeito, a Áustria, França, Itália e Espanha chegaram ainda a um acordo com os EUA — *Joint Statement* de 21 de outubro de 2021 — quanto ao regime interino, até à efetiva implementação do Pilar 1 (previsto para 2023), aplicável às medidas unilaterais por parte dos primeiros e das tarifas punitivas por parte dos segundos⁽²⁵⁾.

No entanto, além da Áustria, França, Itália e Espanha, outros países da UE têm medidas desta natureza para os quais não existe uma solução interina (i.e., até à implementação do Pilar 1) semelhante.

5. O estado da arte no contexto internacional (OCDE)

Dada a falta de consenso no que respeita às negociações prévias relativas à problemática da tributação da economia digital — em particular a Ação 1 do Plano BEPS de 2015 e o Relatório Intercalar de 2019, a que aludimos no ponto 3.1. *supra* —, a OCDE caminhou para um modelo alternativo no âmbito da OCDE /G20 *Inclusive Framework* (mais complexo e abrangente — que vai além dos temas da economia digital) e que é já conhecido por BEPS 2.0.

Assim, em outubro e novembro de 2019, o secretariado da OCDE vem colocar a consulta pública um conjunto de documentos para um novo programa de trabalho, que tem por base dois pilares:

- i) Pilar 1: proposta para uma abordagem unificada no âmbito da tributação da economia digital (que viria a ser reformulado — e bem — de forma a tornar-se transversal aos vários setores de atividade, e não apenas aos “mais” digitais), e o

vices Taxes and other relevant similar measures will be appropriately coordinated. The IF notes reports from some members that transitional arrangements are being discussed expeditiously — in *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, de 8 de outubro de 2021.

⁽²⁵⁾ “*To the extent that taxes that accrue to Austria, France, Italy, Spain, and the United Kingdom with respect to existing Unilateral Measures during a defined period after political agreement is reached, and before Pillar 1 takes effect, exceed an amount equivalent to the tax due under Pillar 1 in the first full year of Pillar 1 implementation (prorated to achieve proportionality with the length of the Interim Period), such excess will be creditable against the portion of the corporate income tax liability associated with Amount A as computed under Pillar 1 in these countries, respectively*” — ver comunicado e imprensa oficial, disponível em <<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0419>>.

- ii) Pilar 2: que estabelece o *Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE)* e que tem por objetivo criar um mínimo de tributação internacional.

Em outubro de 2020, foram divulgados e lançados a consulta pública dois Relatórios, denominados *Blueprints*, relativos a cada um dos Pilares com o objetivo de reunir consenso até meados de 2021.

Tendo sido altamente criticada a complexidade e densidade dos Relatórios em causa, a OCDE procedeu à sua simplificação e, finalmente, em 9 de julho de 2021, foi publicado um primeiro *statement*, com o acordo de 130 países que seria finalizado em outubro.

Em 8 de outubro de 2021, foi então divulgado o *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy*, contendo o respetivo plano de implementação (em anexo), e ao qual haviam já aderido 136 países. Prevê-se que ambos os pilares venham a produzir efeitos em 2023.

Este documento (*Statement*) apresenta uma estrutura bastante mais simplificada (com apenas 8 páginas) do que os *Blueprints* divulgados no ano anterior e, bem assim, modificações de fundo relevantes no que respeita à abrangência das medidas e *thresholds* de aplicação.

Em novembro de 2021, 137 dos 140 países membros do Inclusive Framework, incluindo todos os países da UE, com exceção do Chipre, haviam aderido ao referido *Statement*.

Nos termos do acordo internacional agora alcançado, e de acordo com o *Statement* emitido, as regras de tributação internacional serão alteradas tendo em conta os dois Pilares identificados, que resumiremos nos termos seguintes:

i). Pilar 1: Realocação parcial de direitos de tributação (*share of the pie*):

Divide-se em dois *Amounts* (*Amount A* e *Amount B*). No que respeita ao *Amount A*, estabelece-se que:

- Uma parte do resultado consolidado de MNE será alocado às jurisdições de mercado (onde se localizam os clientes/utilizadores);
- Aplica-se a MNEs de todos os sectores de atividade, excluindo o sector extrativo e financeiro (no âmbito do *Blueprint* respetivo — de outubro de 2020 — previa-se que esta realocação apenas se

aplicaria a atividades eminentemente digitais, mas essa restrição foi eliminada);

- Aplicar-se-á às MNEs com uma rentabilidade superior a 10% e um volume de negócios global superior a EUR 20.000.000.000 (espera-se que este *threshold* seja reduzido para EUR 10.000.000.000, em função do sucesso obtido na implementação desta medida, a (re)avaliar num prazo de 7 anos), quando obtenham rendimento de pelo menos EUR 1.000.000 na jurisdição em causa (poderá ser reduzido a EUR 250.000 para pequenas jurisdições);
- A realocação de lucros corresponderá a 25% do lucro acima de 10% do resultado antes de impostos (lucro residual);
- Será implementado através de uma convenção multilateral (MLC) que deverá alterar as CDTs celebradas, podendo ser necessária a alteração da legislação doméstica dos Estados (ao nível da UE, espera-se que estas disposições internas sejam implementadas de forma harmonizada, através da aprovação e implementação de uma diretiva — cf. ponto 6.4. *infra*); e
- Irá implicar a remoção dos ISDs (e medidas similares) existentes e bloquear a introdução de novas medidas desta natureza.

Já quanto ao *Amount B*⁽²⁶⁾, ainda não são disponibilizados detalhes (o trabalho será completado em 2022).

ii) Pilar 2: Nível mínimo de tributação global (*size of the pie*):

- Prevê a introdução de um nível mínimo de tributação, a uma taxa efetiva de imposto de 15%;
- Ficam abrangidas as MNEs com receitas superiores a EUR 750.000.000, podendo, por opção dos Estados da residência, aplicar-se a empresas com volumes de negócios inferiores; e
- Será implementado através de (i) disposições internas (*Global Anti-Base Erosion (GloBE) rules*, incluindo a *Income Inclusion Rule* e a *Under-taxed Payments Rule*) — ao nível da UE, e espera-

⁽²⁶⁾ No âmbito do *Amount B*, estabelece-se que: “*the arm’s length principle to in-country baseline marketing and distribution activities will be simplified and streamlined, with a particular focus on the needs of low capacity countries*” — in *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, de 8 de outubro de 2021.

-se que estas medidas sejam implementadas de forma harmonizada, através de uma Diretiva (cf. ponto 6.4. *infra*) —, e (ii) disposições nas CDT — *Subject to Tax Rules* — que serão introduzidas através de instrumento multilateral.

Assim, o Pilar 1 pretende ir ao encontro do problema da desadequação da repartição da receita tributária (*profit shifting — share of the pie*), enquanto o Pilar 2 pretende solucionar o problema da diminuição geral de receita tributária (*base erosion — size of the pie*).

O plano de implementação — aprovação das regras em 2022 e implementação/entrada em vigor em 2023 —, é bastante ambicioso e exigente, para mais tendo em conta a anterior experiência na implementação de acordos desta natureza (aprovação, ratificação de instrumentos multilaterais e aprovação de legislação interna dos Estados).

Como veremos no ponto seguinte, a UE está altamente comprometida e envolvida com esta iniciativa, sendo a sua implementação harmonizada e integrada no objetivo de criação de um sistema fiscal empresarial mais justo e sustentável, um ponto muito relevante da sua agenda fiscal.

Não negando os méritos e o caráter inovador destas soluções, não podemos deixar de notar que as mesmas vêm introduzir um nível acrescido de complexidade (a um sistema já atualmente muito complexo), sendo que envolverão custos de implementação significativos quer para as MNEs quer para as autoridades tributárias dos vários Estados-Membros e, dada a exigência dos critérios de exigibilidade (elevadíssimos *thresholds*), a sua abrangência será ainda muito residual (apenas um número restrito de MNE cairão na malha destas medidas).

Por outro lado, de um ponto de vista prático, a efetividade e sucesso destas medidas (em particular, do Pilar 1) irá depender em grande medida da sua aceitação e aplicação nos EUA, o que, nesta face, parece difícil de um ponto de vista político (dada a necessidade de aprovação do Senado e Congresso)⁽²⁷⁾.

Sublinhamos ainda que este conjunto de medidas não procede ainda à necessária alteração de fundo no modelo (princípios) de tributação internacional, que continua essencialmente assente nos conceitos de residência e

(27) Os EUA estão, nesta fase, mais focados no Pilar 2 (do que no Pilar 1). Isso é, aliás, refletido na *Build Back Better Bill* da qual nada resulta a propósito do Pilar 1, apesar de a taxa de tributação mínima de 15% já aí se encontrar prevista (assim como o *country-by-country report*). Em todo o caso, ainda não é claro se a *Build Back Better Bill* irá passar, o que não é provável antes das *mid-term elections*.

fonte-produção. Apesar de se começar a atribuir alguma relevância ao Estado do mercado na criação de valor (Pilar 1, *Amount A*), essa relevância é ainda relativamente residual. Sem prejuízo de ser um primeiro passo relevante, parece-nos ainda muito aquém daquilo que a atual realidade económica exige se quisermos alcançar uma tributação justa e simples.

Apesar de fora do escopo da nossa análise, não podemos deixar de dar nota que esta solução da OCDE/G20 *Inclusive Framework* — BEPS 2.0 — não está a ser considerada no âmbito da Organização das Nações Unidas (“ONU”). Na perspetiva da ONU, estas soluções (Pilar 1 e 2) são bastante complexas e não adequadas aos países em desenvolvimento, os quais pretendem tributar “*routine profits*” e não meramente “*residual profits*”. Em alternativa, o Comité de Peritos da ONU veio sugerir uma solução alternativa — incluída no art. 12.º-B da Modelo de Convenção da ONU para evitar a dupla tributação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (“CMONU”) — e que consiste na tributação de rendimentos de serviços digitais automatizados obtidos no Estado onde o agente pagador é residente (sem qualquer *threshold* mínimo), através de (i) um mecanismo de retenção, a uma taxa entre 3%-4%, ou, em alternativa, (ii) um mecanismo de tributação de 30% do rendimento líquido (*net basis taxation approach*).

6. O estado da arte na UE

As instituições europeias estão totalmente conscientes da desadequação das regras de tributação de rendimentos empresariais no contexto internacional⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Na Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021, a Comissão Europeia afirmava que “(...) *there is now consensus that the fundamental concepts of tax residence and source on which the international tax system has been based for the last century are outdated. Business practices now regularly involve carrying out activity in a state without maintaining a physical presence, a situation that the current rules are unfit to cope with, while the digitalisation of the economy has also led to new opportunities to manipulate the existing principles through tax planning schemes*”. Por sua vez, o Parlamento Europeu no seu relatório — *Taxing the digital economy: New developments and the way forward* — de 31 de outubro de 2021 esclarece que “*The existing international taxation framework dates mostly from the early 20th century and is no longer entirely relevant, being tailored to a less globalised economy and relying on the physical presence of businesses in a territory that allows for making a nexus between them and the tax jurisdictions. (...) digitalisation allows businesses to engage in significant business activities without meeting the requirement for a permanent establishment in any given jurisdiction. (...) Businesses may create value,*

Não obstante, dadas as dificuldades em obter consenso nesta matéria (que, aliás, se traduziram na falha na implementação do Pacote Fiscal Digital) e, bem assim, a necessidade de abordar o problema a nível global (i.e., no contexto da OCDE), no âmbito da UE ainda não foram implementadas medidas concretas.

Esta matéria continua, no entanto, a ser objeto de análise e espera-se, num futuro próximo (2023), ter já algumas medidas implementadas. As iniciativas mais relevantes em curso no âmbito da UE são as seguintes:

6.1. *Digital Levy*

Após o fracasso do Pacote Fiscal Digital, teria ficado estabelecido que a UE aguardaria pelo consenso internacional, esperado no âmbito da OCDE em 2020, para então implementar as soluções que viessem a ser acordadas quanto à tributação da economia digital.

Não se antecipando que o consenso chegaria atempadamente, e verificada a necessidade obtenção de receita para efeitos de suporte à recuperação económica (na sequência da crise pandémica — COVID-19), no Orçamento da UE para 2021 ficou prevista a introdução de um imposto digital (*Digital Levy*), que se esperaria que viesse a entrar em vigor em 2023.

Apesar de não ter ficado definida a forma como este *Digital Levy* viria a operar, a Comissão Europeia identificou como possíveis soluções:

- i) um adicional ao imposto de sociedades aplicável a todas as empresas que desenvolvam certas atividades digitais na UE (*top-up tax*);
- ii) um imposto sobre os lucros que resultem diretamente de certas atividades digitais levadas a cabo na UE; e
- iii) um imposto sobre transações digitais B2B (*business to business*) na UE. Uma vez definida a natureza desta tributação, a Comissão Europeia elaboraria uma proposta de Diretiva.

Na documentação preparada — *Inception Impact Assessment*, de 14 de fevereiro de 2021 — e levada a consulta pública, a Comissão veio estabe-

or parts of it, in a different jurisdiction to that in which they are physically present. These practices render the task of determining the jurisdiction competent to tax a multinational or digital company complex, and current rules may result in substantial activity without a right of taxation”.

lecer algumas linhas matrizes e limites a ter em conta na definição deste *Digital Levy*, entre os quais:

- i) seria dirigida ao sector digital, permitindo uma tributação das respetivas atividades onde se encontrem os consumidores/utilizadores;
- ii) teria como um dos objetivos evitar distorções e evitar o fracionamento do mercado único;
- iii) teria em conta as obrigações internacionais da UE e dos seus Estados-Membros quer no que respeita às CDTs celebrados, quer no âmbito da Organização Mundial do Comércio;
- iv) seria estruturado de forma sustentável e como medida de longo prazo; e
- v) não conflituaria com as iniciativas que viessem a ser estabelecidas no âmbito da OCDE — BEPS 2.0⁽²⁹⁾.

Ao estabelecer uma tributação diferenciada apenas para o sector digital, parece-nos que, independentemente da estrutura que pudesse vir a ser adotada, esta solução também não permitiria resolver o problema estrutural — identificado no ponto 2 *supra* — numa perspetiva de longo de prazo. Aliás, esta solução poderia revelar-se um entrave adicional ao comércio internacional e ser mais um elemento de complexidade e, possivelmente (dependendo dos *thresholds* adotados), motivo de tensões comerciais acrescidas (nomeadamente, com os EUA).

Com o acordo gerado no âmbito da OCDE/G20 *Inclusive Framework*, os trabalhos de preparação deste *Digital Levy* foram primeiro adiados e, mais recentemente, parecem mesmo ter sido removidos da agenda da Comissão Europeia.

6.2. Transparência fiscal em matéria digital: DAC 7 (e 8)

Integrada no Pacote para uma Tributação Simples e Justa, adotado pela Comissão Europeia em 15 de julho de 2020⁽³⁰⁾, estava proposta uma

⁽²⁹⁾ “The initiative should be designed in a way to be compatible with the international agreement to be reached in the OECD as well as border international obligations” — cf. *Inception Impact Assessment*, da Comissão Europeia de 14 de fevereiro de 2021.

⁽³⁰⁾ Ver comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 15 de julho de 2020 — “*Tributação justa e simples: Comissão propõe um novo pacote de medidas com vista a contribuir para a retoma e o crescimento da Europa*”.

nova (a sexta) alteração à Diretiva de Cooperação Administrativa (i.e., a Diretiva (UE) 2021/514, do Conselho, de 22 de março de 2021 que altera pela sexta vez a Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade — “DAC 7”), com vista a implementar uma troca automática de informações comunicadas pelos operadores de plataformas digitais. Esta nova modalidade de troca de informações está em linha com as *Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers in the Sharing and Gig Economy*, publicadas em 3 de julho de 2020 pela OCDE.

A DAC 7 — Diretiva (UE) 2021/514, do Conselho, que altera a Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade — foi aprovada no dia 22 de abril de 2021 e deverá ser transposta pelos Estados-Membros até 31 de dezembro de 2022, devendo aplicar-se a partir de 1 de janeiro de 2023.

O objetivo desta modificação é garantir um novo nível de transparência fiscal em resultado da introdução de novas obrigações de reporte/comunicação às plataformas digitais e troca de informações sobre as transações⁽³¹⁾ realizadas através de plataformas digitais.

Como se refere no ponto 6 do preâmbulo da DAC 7, “*A digitalização da economia tem crescido rapidamente nos últimos anos, o que deu origem a um número crescente de situações complexas relacionadas com a fraude, a evasão e a elisão fiscais. A dimensão transfronteiriça dos serviços oferecidos através da utilização de operadores de plataformas criou um ambiente complexo onde pode ser difícil fazer aplicar as regras fiscais e garantir o cumprimento das obrigações fiscais. Há falta de cumprimento das obrigações fiscais e o valor dos rendimentos não declarados é significativo. As administrações fiscais dos Estados-Membros não dispõem de informações suficientes para avaliar e controlar corretamente os rendimentos brutos obtidos no seu país que provêm de atividades comerciais realizadas com a intermediação de plataformas digitais. Esta situação é particularmente problemática quando os rendimentos ou o valor tributável transitam por plataformas estabelecidas noutra jurisdição*”.

A obrigação de reporte/comunicação abrangerá não apenas os operadores residentes na UE, mas também os operadores de plataformas que exercem uma atividade comercial na UE, ainda que não residentes para efeitos fiscais (devendo estes registar-se e comunicar as informações em

⁽³¹⁾ Incluem-se aqui — como atividades relevantes — as transações relativas a (i) arrendamento de bens imóveis, (ii) prestação de serviços pessoais, (iii) venda de bens, e (iv) aluguer de meios de transporte.

questão num único Estado-Membro, para poderem exercer a sua atividade no mercado interno, assim evitando a necessidade de replicarem procedimentos nos vários Estados-Membros em que operam).

Com este novo mecanismo de reporte por parte das plataformas digitais e trocas automáticas de informações entre os Estados-Membros, estes últimos terão acesso à informação necessária sobre transações realizadas com consumidores/utilizadores no seu território, o que permitirá um controlo por parte das autoridades tributárias dos Estados-Membros dos rendimentos gerados no território respetivo, de forma a mais facilmente determinar o imposto devido (independentemente da(s) modalidade(s) de tributação que venham a ser implementadas nesta matéria).

Notamos ainda que a Comissão Europeia começou já a trabalhar na sétima alteração à Diretiva 2011/16/UE, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (DAC 8), também como parte do Pacote para uma Tributação Simples e Justa.

Com esta sétima proposta de alteração, pretende-se implementar novas obrigações de reporte e trocas automáticas de informação no que respeita a cripto ativos e dinheiro eletrónico, de forma a assegurar uma transparência fiscal adequada (e possivelmente os meios necessários a uma futura tributação, eventualmente harmonizada) dos rendimentos gerados por investimentos e pagamentos com cripto ativos e dinheiro eletrónico.

De acordo com a proposta da Comissão Europeia, lançada a consulta pública em março de 2021, *“The specific objectives of the initiative are to enable tax administrations to obtain information that is necessary to control that taxpayers pay their fair share, in particular taxpayers who earn money via crypto assets, as well as to provide for better cooperation across tax administrations and keep business compliance costs to a minimum by providing a common EU reporting standard”*. A (proposta de) Diretiva deverá ser conhecida em 2022.

6.3. BEFIT

Na Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021, a Comissão Europeia vem promover um conjunto de medidas com vista ao melhoramento do sistema atual, *“incidindo sobre as duas prioridades de garantir uma tributação justa e eficaz e de promover o investimento produtivo e o empreendedorismo”*.

Entre outras questões tratadas na referida Comunicação, a Comissão Europeia vem abordar diretamente o problema sobre o qual aqui nos debruçamos, afirmando que *“A tributação das empresas deve garantir que a carga fiscal é repartida de forma equitativa por todas as empresas e que a receita tributável é repartida de forma justa por todas as jurisdições. O sistema global deve ser simples, a fim de reduzir os custos de conformidade, e deve facilitar o investimento e o crescimento, reforçando o mercado único”*.

No referido documento é identificada a agenda fiscal da UE e os planos de implementação das regras acordadas a nível internacional (OCDE/ /G20 *Inclusive Framework* — BESPS 2.0). Não obstante, a Comissão é muito clara ao esclarecer que se pretende ir além deste acordo internacional (Pilar 1 e Pilar 2), pretendendo, designadamente, criar um novo quadro para a tributação dos rendimentos nas empresas no seio da UE (um sistema comum de tributação de sociedades).

É neste contexto que a Comissão afirma que proporá a introdução do BEFIT (Empresas na Europa: Quadro para a Tributação de Rendimentos), que virá substituir as anteriores propostas relativas a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (*Common Consolidated Corporate Tax Base* — Proposta de Diretiva n.º 2016/0337 (CNS) — “CCCTB”), e que terá em vista criar um conjunto de regras fiscais comuns (voltando ao tema da necessidade de harmonização do imposto de sociedades a nível europeu), bem como prever uma repartição de direitos de tributação mais justa entre os Estados-Membros.

Com especial relevância, sublinhamos que *“O BEFIT consolidará os lucros dos membros da UE de um grupo multinacional num único valor tributável, que será então atribuído aos Estados-Membros por meio de uma fórmula, a ser tributado às taxas nacionais do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. As principais considerações incluirão como dar o peso adequado às vendas por destino, de modo a refletir a importância do mercado onde um grupo multinacional desenvolve a sua atividade, e como os ativos (incluindo os intangíveis) e a mão de obra (pessoal e salários) devem ser contabilizados, para garantir uma distribuição equilibrada das receitas fiscais das sociedades nos Estados-Membros da UE com perfis económicos diferentes”*.

Entre outras finalidades, pretende-se com o BEFIT *“proporcionar uma forma mais simples e justa de repartir direitos de tributação entre os Estados-Membros”* e *“garantir receitas fiáveis e previsíveis do imposto sobre as sociedades para os Estados-Membros”*, assim reduzindo a competitividade fiscal no seio da UE e atacando — pelo menos, ao nível da

UE — os principais problemas antes identificados (*share of the pie; size of the pie*).

Ou seja, está a ser ponderada — sem que tenhamos conhecimento dos seus contornos específicos e apenas no seio da UE — a atribuição de competência tributária ao Estado do mercado, com base numa “*fórmula de repartição diferente, que refletirá mais adequadamente as realidades da economia atual e dos desenvolvimentos a nível mundial, em particular, tendo em consideração acrescida a digitalização*”. Afirma-se que a referida fórmula será construída tendo por base os princípios acordados internacionalmente, no âmbito do Pilar 1 e do Pilar 2, devidamente adaptados de forma a assegurar a sua adequação a um uso alargado no âmbito do mercado único.

Fica, no entanto, ainda por esclarecer como será desenhada essa fórmula de repartição diferente — se ainda tomará em linha de conta os atuais elementos de conexão (residência e fonte enquanto localização dos fatores de produção) ou se teremos efetivamente um modelo inovador, essencialmente focado na criação de valor pelo Estado do mercado.

Acresce que, tal como as anteriores propostas relativas ao CCCTB, o BEFIT continuará a ter de enfrentar as dificuldades relativas à necessária unanimidade dos Estados-Membros exigida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). De acordo com a referida Comunicação, a proposta do BEFIT deverá ser esperada em 2023.

6.4. Transposição do Acordo Internacional: BEPS 2.0

Finalmente, no dia 22 de dezembro de 2021, a Comissão Europeia publicou — entre outras medidas com impacto na tributação internacional (e indiretamente na tributação da economia digital)⁽³²⁾ —, uma proposta de diretiva para implementação do Pilar 2 na legislação interna dos Estados-Membros e anunciou que, em 2022, publicaria uma proposta de diretiva para implementação do Pilar 1 na legislação interna dos Estados-Membros.

⁽³²⁾ A este respeito, destacamos a Proposta de Diretiva n.º 2021/0434 (CNS), igualmente publicada no dia 22 de dezembro de 2021, respeitante ao combate à utilização abusiva de empresas artificiais (vulgarmente designadas “*shell companies*”) — ATAD III — que havia já sido anunciada no contexto da Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021.

Notamos que ambos os Pilares deverão ser implementados a dois níveis: (i) alterações às CDTs celebrados através de convenção/instrumento multilateral; e (ii) alterações às legislações internas dos Estados — que no âmbito da UE deverão ser implementadas de forma harmonizada, em linha com as diretivas sobre as quais nos debruçaremos neste ponto (e que serão posteriormente transpostas para ordenamento jurídico interno de cada um dos Estados-Membros).

No que respeita ao Pilar 2, foi já publicada a Proposta de Diretiva n.º 2021/0433, relativa à tributação mínima global dos grupos multinacionais na UE, que pretende implementar de forma harmonizada e compatível com as regras o direito da UE as denominadas “*GloBE Model Rules*”.

Nos termos da Proposta de Diretiva, a taxa de tributação mínima de 15% será aplicável a grupos de sociedades, MNE ou outras — com receitas superiores a EUR 750.000.000 — com algum dos seus membros na UE e assegurada através das seguintes regras:

- i) *Income inclusion rule*: se o imposto pago em alguma das jurisdições em que o grupo opera (dentro ou fora da UE) for inferior ao nível mínimo (15%), então a diferença deverá ser tributada na jurisdição da sociedade-mãe (ou da sociedade-mãe intermédia na UE, se a sociedade-mãe estiver estabelecida fora da UE e a respetiva jurisdição não assegurar este nível mínimo de tributação) ou, alternativamente, da subsidiária, assegurando assim um mínimo de tributação de 15%; e
- ii) *Undertaxed Payments Rule*: estabelece um mecanismo de captura e realocação, dentro das entidades do grupo estabelecidas na UE, das bases fiscais que fiquem fora da *income inclusion rule* e respetiva tributação da diferença, assegurando um mínimo de tributação de 15%.

Encontra-se, no entanto, prevista uma exclusão *de minimis* para determinados níveis de rendimentos.

Prevê-se a transposição da diretiva para os respetivos Estados-Membros até 31 de dezembro de 2022 e a sua entrada em vigor em 1 de janeiro de 2023 (a *Undertaxed Payments Rule* apenas deve entrar em vigor um ano mais tarde).

A respeito da implantação do Pilar 1 (que, como detalhado no ponto 5 *supra*, estabelece a realocação do direito de tributação dos lucros residuais para o Estado do mercado, quando verificados determinados *thresholds*), no contexto da UE, deveremos esperar uma proposta de diretiva em 2022,

após divulgada a convenção multilateral (MLC) que está a ser preparada no contexto da OCDE⁽³³⁾.

Neste sentido, Paolo Gentiloni, comissário responsável pela Economia, na sua declaração divulgada na declaração de imprensa da Comissão Europeia de 22 de dezembro de 2021, esclareceu o seguinte: “*We will follow up with a second directive next summer to implement the other pillar of the agreement, on the reallocation of taxing rights, once the related multilateral convention has been signed*”.

Adicionalmente, a aprovação destas diretivas para implementação do Pilar 1 e Pilar 2 deverá depender de unanimidade por parte de todos os Estados-Membros, nos termos do TFUE. Considerando que o Chipre não aderiu (ainda) ao acordo internacional alcançado no âmbito da OCDE/G20 *Inclusive Framework* — BEPS 2.0, será interessante acompanhar o evoluir das negociações a este respeito.

7. Que futuro? Uma solução simples e justa

Como temos visto, uma das principais preocupações das instituições europeias em matéria fiscal é tornar a tributação mais simples e justa, em particular, a tributação dos rendimentos empresariais gerados no contexto internacional.

É já igualmente amplamente reconhecido pelas instituições europeias que o modelo atual de tributação das empresas — elementos de conexão relevantes para efeitos da alocação do poder de tributar entre os Estados — se encontra desajustado face ao atual contexto económico (modelos de negócio altamente digitais e tecnológicos), o que gera, além das claras ineficiências económicas, injustiças na repartição da receita (*share of the pie*) e uma diminuição da receita tributária global (*size of the pie*).

Fará sentido manter ainda hoje, como critério de alocação de poder de tributar, a residência e a fonte-produtora (EE) quando, face ao atual contexto económico (economia digital), para que uma entidade possa operar e criar valor numa jurisdição, cada vez menos necessita do recurso a uma presença física? Parece-nos relativamente claro que a presença física

⁽³³⁾ De acordo com o comunicado de imprensa da Comissão Europeia de 22 de dezembro de 2021, “*The Commission will also make a proposal on the reallocation of taxing rights in 2022, once the technical aspects of the multilateral convention are agreed*”.

já não serve para medir o envolvimento de um determinado Estado na vida económica de um contribuinte (porque é permeável ou desnecessária).

Em nossa opinião, nenhuma das medidas até agora adotadas/propostas, seja no contexto internacional seja no contexto da UE — como sejam a introdução de (i) novas regras anti-abuso (e.g BEPS 1.0 e diretivas anti elisão, conhecidas por ATADs), (ii) ISDs ou tributações específicas para determinados negócios mais digitais, ou (iii) de forma tímida, direcionada a determinados *targets* (grandes grupos MNE), novas regras de realocação do poder de tributar e exigência de tributação mínima (como é o caso do BEPS 2.0) —, tem a pretensão ou capacidade de resolver o problema de fundo, enquanto solução de longo prazo, traduzindo-se na realidade na introdução de um nível de complexidade acrescido ao sistema fiscal atual.

Por um lado, as regras anti-abuso que têm vindo a ser introduzidas (BEPS 1.0 e ATADs), além de implicarem elevados custos de implementação quer para as autoridades tributárias quer para os agentes de mercado, refletem a insistência no modelo atual que sabemos, desde já, estar obsoleto, funcionando como meros paliativos.

Também os ISDs ou tributações específicas para determinados negócios “mais digitais” (como seria, nomeadamente, o caso do *Digital Levy* que foi considerado pela Comissão Europeia — cf. ponto 6.1. *supra*), além de mais uma vez não resolverem o problema de fundo, apresentam mais desvantagens do que vantagens. Importa ter em consideração, nomeadamente, que esta medidas:

- i) não são globais (antes unilaterais ou regionais), e como tal são suscetíveis de criar novos temas de competitividade fiscal, custos de contexto e entraves ao comércio internacional;
- ii) não são aplicadas transversalmente a todos os negócios/sectores empresariais, sendo meramente direcionadas a determinados negócios mais digitais que outros, discriminando entre setores de atividade⁽³⁴⁾; e
- iii) como regra geral, apenas são aplicadas a grupos de MNE que se encontrem dentro de determinados *thresholds* (muito elevados) de rendimento ou volume de negócios, criando naturalmente distorções concorrenciais e possíveis tensões comerciais no con-

⁽³⁴⁾ Como refere DANIEL BUNN, in “*The European Commission and the Taxation of the Digital Economy*”, Tax Foundation, 4 Fevereiro de 2021, “*The digitalization of the economy is widespread, and rules designed to tax a narrow set of companies will introduce new distortions and complexities into an already complex tax system*”.

texto da Organização Mundial do Comércio (em particular com os EUA, como antes referido, uma vez que os principais *targets* acabam por as gigantes tecnológicas americanas, particularmente os GAFA)⁽³⁵⁾.

Finalmente, e sem deixarmos de reconhecer os méritos do BEPS 2.0 traduzido nos Pilares 1 e 2 antes analisados, também este não resolve o problema de fundo e introduzirá um nível (muito) acrescido de complexidade no sistema fiscal internacional, tal como antecipámos já no ponto 5 *supra* da nossa análise.

Com efeito, apesar de o Pilar 1 permitir proceder a uma realocação parcial de competência tributária ao Estado do mercado, assim contribuindo para um sistema mais justo na perspetiva de repartição de receita entre os Estados, essa realocação não só é ainda pouco expressiva — já que apenas os lucros residuais de MNEs que se encontrem dentro de determinados *thresholds* (muito elevados) de rendimento ou volume de negócios, poderão ser realocados —, como se mantêm, com princípio geral, os mesmos critérios (já obsoletos) de alocação do poder de tributar (Estado da residência e fonte-produtora — EE).

Acresce que, a complexidade das normas que decorrerão do BEPS 2.0 e as dificuldades de implementação e execução (seja do Pilar 1 seja do Pilar 2), farão com que este, ao invés de promover um sistema simples, venha introduzir um nível de complexidade acrescido ao sistema atual, que é já altamente complexo.

Em nossa opinião, é necessário ir mais além, repensar e reescrever os critérios de alocação do poder de tributar, de forma transversal a todos os setores de atividade (sem criar distorções), identificando um critério relevante que reflita verdadeiramente o envolvimento dos Estados na vida económica dos contribuintes, bem como a presença económica dos contribuintes nas jurisdições em causa (não necessariamente fixo ou físico).

A necessidade de uma reforma fiscal estrutural capaz de adequar a competência tributária dos Estados aos atuais modelos de negócio das empresas (altamente desmaterializados e sem necessidade de presença física no local da criação de valor) é cada vez mais premente.

Parece-nos, assim, necessário redefinir os critérios de alocação do poder de tributar à luz de indicadores que reflitam, efetivamente, o nível de envolvimento significativo do Estado que justifique a competência tri-

(35) GAFA (sigla para Google, Amazon, Facebook e Apple).

butária (*share of the pie*), evitando o fenómeno de deslocalização para zonas de baixa tributação (*size of the pie*), tendo por base o atual contexto económico.

O critério adequado de alocação do poder de tributar, parece-nos não poder ser outro que não aquele que vem já sendo reclamado pelas instituições europeias e assumido pela própria OCDE (desde o BEPS 1.0 — Relatório da Ação 1 até ao BEPS 2.0, em particular no âmbito do Pilar 1, *Amount A*): o local da criação de valor, que corresponde ao Estado do consumo/mercado/destino.

De forma a assegurar a aplicação desse critério, alinhamo-nos com a posição que tem vindo a ser desenvolvida por alguma doutrina internacional — *inter alia*, REUVEN S AVI-YONAH⁽³⁶⁾, MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA⁽³⁷⁾, KYLE POMERLEAU⁽³⁸⁾, MAARTEN DE WILDE⁽³⁹⁾ — no sentido de estabelecer um novo elemento de conexão no que respeita aos rendimentos empresariais traduzido numa fonte-mercado ou fonte-destino — i.e., a aplicação de um princípio de destino (localização/residência dos consumidores) na tributação de rendimentos empresariais — em detrimento da fonte-produtora (EE).

Este modelo tributação de rendimentos no destino, tem vindo a ser desenhado (em particular pelos autores acima referidos) com uma mecânica semelhante à do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) — tributação das importações e isenção das exportações —, mas com uma estrutura de deduções diferenciada, sendo admitidas as deduções dos gastos relevantes à obtenção dos rendimentos (nomeadamente, custos com pessoal)⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ *In International Taxation of Electronic Commerce*, Tax Law Review. Vol. 52 (Spring 1997).

⁽³⁷⁾ *In Designing and implementing a destination-based corporate tax*, Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper series.

⁽³⁸⁾ *In How a Destination-Based Tax System Reduces Tax Avoidance*, Tax Foundation, 4 de Abril de 2017.

⁽³⁹⁾ *In European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1 e *Tax jurisdiction in a digitalizing Economy: Why 'Online Profits' Are so Hard to Pin Down*, Intertax n.º 12, 2015. Neste último podemos ler o seguinte: “More and more of the discussions on nexus and profit allocation in the context of internet companies are now moving in the direction of taxation in the market jurisdiction. The digital economy simply cannot be ring-fenced off from the ‘ordinary’ economy. That means that the alternative to the approach proposed by the OECD (i.e. ‘do nothing’) is not only to allow profits from digital business activities to be attributed to the market jurisdiction, but also to extend this principle to profits from all other international business activities. In other words, to attribute the taxable base for profits tax on the basis of the destination principle” (p. 9).

⁽⁴⁰⁾ MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA, na obra antes identificada — *Designing and implementing a destination-based corporate tax* —, vêm demonstrar que é efetivamente possível conceber

Entendemos que um critério tributação no destino (i.e., na jurisdição de mercado, onde se encontram os utilizadores/consumidores) apresenta vantagens significativas, nomeadamente:

- i) promoveria a eficiência económica, uma vez que eliminaria o incentivo à deslocalização da fonte produtora⁽⁴¹⁾;
- ii) seria menos suscetível de abusos ou elisão, porquanto o mercado é relativamente inelástico (menos móvel que fatores de produção), assim permitindo uma repartição justa da carga tributária entre os sujeitos passivos⁽⁴²⁾;
- iii) ao não serem necessárias tantas regras anti-abuso (densificação legal), permitiria uma simplificação das regras fiscais⁽⁴³⁾; e

este modelo de tributação alternativo, propondo e elaborando sobre os contornos legais e práticos do modelo que sugerem (desde a forma de determinação da sua base fiscal até à mecânica de liquidação — sendo proposto um *one-stop-shop*). Afirmando os referidos Autores que “*The destination-based tax would still be a tax on corporate profits, but would work similarly to a VAT: the key difference between the two being the treatment of labour, which would be regarded as deductible business costs under the proposed destination based tax, but are not so under a VAT*” (in, *op. cit.*, p. 9).

⁽⁴¹⁾ A respeito da eficiência económica que se conseguiria com a aplicação de um princípio de tributação no destino, MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA referem, nomeadamente, que “*(...) as opposed to residence or source-based corporate taxes — such a tax would not create distortions to any margins of business decisions, namely choice between discrete options, choice of scale of investment, choice of form of income, and choice of source of finance.*” — in, *op. cit.*, p. 9. No mesmo sentido afirma MAARTEN DE WILDE que “*this will promote an efficient use of production factors. This is because, for profit tax purposes, it will then no longer matter which jurisdiction a business chooses to invest in as tax will no longer have the investment location as its point of reference*” — in *Tax jurisdiction in a digitalizing Economy; Why ‘Online Profits’ Are so Hard to Pin Down*, Intertax n.º 12, 2015, p. 9.

⁽⁴²⁾ Como referem MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA, “*For the purposes of the destination-based tax, destination is intended to be a place of relative immobility — we therefore define it to be the place of residence of the customer.*” — in, *op. cit.*, p. 10. No mesmo sentido afirma MAARTEN DE WILDE que “*In addition, markets are far less mobile than production factors as they are largely outside multinationals’ sphere of influence. Atributing the tax base to the market jurisdiction will thus effectively result in a taxation that is inelastic and that at the same time promotes economic efficiency*” — in *Tax jurisdiction in a digitalizing Economy; Why ‘Online Profits’ Are so Hard to Pin Down*, Intertax n.º 12, 2015, p. 9.

⁽⁴³⁾ “*One of the most attractive features of moving to a destination-based business tax is that its base would be much easier to define than our current corporate tax base. At the end of the day, it is easier to track the single, final transaction between the end consumer and the producer than figure out how much of a good was produced in each tax jurisdiction. (...) A consequence of this move to a destination base is that it effectively shuts down the type of base erosion that exists under the current system. Under the current system, companies that produce goods throughout the world have an incentive to artificially shift their production locations by overpricing their deductible production costs in the United States and overstating their taxable revenue in lower tax jurisdictions. Under a destination-based tax, the location of production doesn’t matter, which means that this technique of profit shifting becomes impossible. A destination-based tax ignores the cross-border transactions that make it possible because the cost of imports is no longer deductible and revenue from exports is no longer taxable*”

- iv) levaria a uma repartição justa do poder tributário dos Estados, ao alocar o poder de tributação à jurisdição onde o valor é verdadeiramente criado (independentemente do modelo de negócio)⁽⁴⁴⁾.

Como refere MAARTEN DE WILDE “*The final destination would be a new, destination-based corporate tax paradigm operating both neutrally and non-discriminatorily on the supply side. That, in turn, would produce a result that, as the author sees it, would not only be fair, but also — and primarily — economically efficient*”⁽⁴⁵⁾.

Sendo certo que ao nível da OCDE — dados os interesses económicos e políticos de alguns dos seus membros (no caso dos EUA) — será muito difícil obter um consenso no sentido de fazer operar uma reforma desta natureza (aplicação de um princípio de tributação de rendimentos empresariais no Estado do mercado — destino), a UE poderá aqui assumir um papel impulsionador, pioneiro e inovador.

A UE tem não apenas os meios como também o interesse em ser pioneira nesta reforma. Com efeito, tendo em conta os interesses estratégicos e políticos da UE em matéria fiscal (e bem assim, o objetivo de reforço do mercado único), tal como estabelecidos, nomeadamente, na Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021, parece-nos que poderia ser muito interessante e proveitoso que fosse a UE a dar o “pontapé de saída” nesta reforma estrutural da tributação internacional.

Como refere a este respeito MAARTEN DE WILDE, “*a coordinated move by the EU member states towards destination-based corporate taxation for the EU would serve the interests of the individual member states and also those of the EU as a whole. (...) As an innovator, the EU would benefit most during the transitional stage, when countries’ profit tax systems would be evolving towards a new equilibrium in which destination-based tax would become the new global standard. It should be noted at this point that it was not that long ago that we came close to having to being reality*”⁽⁴⁶⁾.

— in KYLE POMERLEAU, *How a Destination-Based Tax System Reduces Tax Avoidance*, Tax Foundation, 4 de Abril de 2017.

⁽⁴⁴⁾ “*There is clearly a connection between what is being taxed and the country imposing the tax. If sales are being made in a country, then arguably that country is the origin of the income: it is from sales that profits are generated, without sales there would be no income to tax*”, in MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA, *op. cit.*, p. 11.

⁽⁴⁵⁾ *In European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, p. 39.

⁽⁴⁶⁾ *In European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, pp. 35 e 37.

Para fazer operar esta reforma fiscal, a nossa sugestão passaria pela utilização do já anunciado BEFIT (como um CCCTB 2.0, a que vem já apelando alguma doutrina internacional)⁽⁴⁷⁾, enquanto plataforma legal para implementação deste novo modelo de repartição de receita tributária (pelo menos entre os Estados-Membros da UE). Tendo em conta que o BEFIT pretende já ir além do BEPS 2.0 e estabelecer uma nova fórmula de repartição dos direitos de tributação (tal como resulta da Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021), parece-nos ser este o instrumento jurídico ideal para estabelecer definitivamente uma inovadora repartição de direitos de tributação entre os Estados-Membros, através da aplicação de um princípio de tributação no destino para rendimentos empresariais.

Não ignoramos que a mudança de paradigma de um modelo de tributação, assente na residência e fonte-produção, para um modelo de tributação fonte-destino, poderá envolver um processo de transição complexo; não obstante, parece-nos que estas dificuldades de transição seriam um mal necessário para alcançar um progresso significativo no caminho para uma tributação das empresas de forma simples, justa e adequada à realidade económica atual (e futura).

(47) Neste sentido vem já defendendo MAARTEN DE WILDE, in *European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, que “With the aim of contributing to the deliberations on this subject, the proposal of the author is for the EU Member States to jump ahead in the debate and remodel the CCTB/CCCTB draft directives into a new system of international taxation, i.e. a unitary taxation model for taxing the worldwide economic profits of multinationals, using a destination based apportionment formula (CCCTB 2.0) to apportion the tax base to countries both within and outside the European Union” (p. 1). Esclarece pois o autor que “The legal infrastructure is essentially already in place in the form of the CCTB/CCCTB draft directives, and these require just a few modifications to get the bugs out of the system. The CCCTB is therefore just a few steps away from being transformed into a robust, modern and hard-to-dodge international profit tax system fit for the internal market of the future that is also able to optimally serve the political and economic interests of both the Member States and the European Union itself.” (pp. 37 e 38). No mesmo sentido EVA ESCRIBANO LOPEZ: “Foreseeing the obstacles that a reformulation of source would face within the OECD, it is interesting to consult the work carried out in other international foras where the hypothetical impediments of the US would be absent. In this line, it is worth noting the report presented by a group of experts to the European Commission, which advocates for a substantial reform in the long-term. On the one hand, it reopens the debate of the failed CCCTB proposal, on the other, it refers to the preliminary studies on the so-called destination-based corporate tax. This proposal takes the customers’ location as the main legal proxy, considering that the market jurisdiction has both legitimacy to tax and effective means to collect”. — in *op. cit.*, p. 13.

8. Conclusões

Identificada a problemática da desadequação do sistema fiscal internacional, face ao atual contexto económico — altamente globalizado, tecnológico e digital —, que redundava na falta de regras de conexão e atribuição de competência tributária ao Estado onde é criado o valor (Estado do mercado), e analisada a evolução da abordagem a esta problemática no contexto da UE (e dos Estados-Membros) e no contexto internacional (OCDE), deparamo-nos ainda com a inexistência de uma solução de longo prazo, capaz de resolver de forma estrutural a questão de fundo.

Como detalhámos ao longo da nossa análise, o sistema de tributação atual, em particular no respeito à alocação da competência tributária dos rendimentos empresariais aos Estados envolvidos, está obsoleto, porquanto:

- i) Por um lado, promove uma desadequação na partilha da receita tributária (*share of the pie*), uma vez que, no contexto atual, a localização dos fatores de produção nem sempre coincide com a jurisdição onde é “criado o valor”, i.e., a jurisdição do mercado (onde se localizam os consumidores); e
- ii) Por outro lado, continua a permitir uma redução da receita tributária global (*size of the pie*), sendo permeável a situações de abuso, dada a facilidade com que os operadores económicos, no contexto atual, conseguem evitar ou simplesmente não necessitam de uma presença física geradora de tributação.

O acordo alcançado no âmbito da OCDE/G20 *Inclusive Framework*, e que será adotado na UE — BEPS 2.0 (Pilar 1 e Pilar 2) —, sem prejuízo dos seus méritos, não vem ainda apresentar uma solução cabal para esta problemática, dado que, *inter alia*, mantém na ordem jurídica os mesmos princípios de alocação de competência tributária — residência e fonte-produção — e cria um nível acrescido de complexidade ao sistema.

Em nossa opinião, a solução de longo prazo deverá passar por uma reforma estrutural, que se traduza num abandono dos critérios tradicionais de alocação do poder de tributar, adotando-se um princípio de tributação no destino (i.e., na jurisdição do mercado — onde se encontram os consumidores), tal como vem já sendo desenvolvido por alguma doutrina internacional.

Entendemos que, com este novo modelo de tributação, se poderia alcançar um sistema de tributação economicamente eficiente, justo e sim-

ples, e, como tal, consistente com os objetivos da UE em matéria de fiscalidade, porquanto, (i) ao eliminar o incentivo de deslocalização da fonte produtora, promoveria a eficiência económica das empresas, (ii) ao ser menos suscetível a abuso — já que o mercado é praticamente inelástico —, traduzir-se-ia numa tributação justa das empresas e numa simplificação das regras fiscais (desde logo, devido à desnecessidade de regras-fiscais anti-abuso que se traduzem em complexidade do sistema), e (iii) ao alocar o poder de tributação à jurisdição onde valor é criado (independentemente do modelo de negócio), permitiria uma alocação justa da receita tributária.

Dadas as dificuldades que se antecipam na obtenção de um consenso a nível internacional para a implementação de uma reforma desta dimensão e contornos, e tendo em conta os interesses estratégicos da UE em matéria de tributação internacional (reforço do mercado único e na criação de um sistema fiscal simples e justo), parece-nos que a UE deverá ter aqui um papel determinante, como organização pioneira na implementação desta reforma (ainda que inicialmente apenas no contexto regional europeu).

Para efeitos da implementação desta reforma fiscal, em nosso entender, o BEFIT (operando como um CCCTB 2.0) seria a plataforma legal ideal.